بحث محكم

# حُكمُ شَرطِ الإسلامِ في المُحَكِّمِ في المُنَازَعاتِ التَّحكِيمِيَّة

إعداد

الدكتور/ **خالد بن عبدالله الخضير**

القاضي بالمحكمة الإدارية بالرياض عضو الجمعية العلمية القضائية السعودية

يلعب التحكيم في الوقت الراهن دورًا حيويًا في الفصل في كافة المنازعات، وقد لحق العملية التحكيمية عدة تطورات في إجراءاتها ونظرها، والمحكِّمون الذين يفصلون بالمنازعة يختلفون عمّا دُوِّن في كتب التراث الإسلامي، واتخذه المتعاقدون بالتحكيم حلاً سليمًا لمنازعاتهم من غير طريق القضاء، حتى صار شرطًا لازمًا في كثير من العقود، بل امتد الشرط في أن يتم تعيين المحكمين بذواتهم أو عن طريق هيئات تحكيمية لا يعلم الأطراف من سيقوم بالتحكيم، كون الأصل أن الاختصاص في تعيين المحكمين لهيئة التحكيم، ويرد في بعض الهيئات التحكيمية أن يكون النظر والفصل في المنازعة عن طريق هيئة تحكيم، قد يكون أعضاؤها جميعًا أو أحدهم من غير المسلمين، وأقرب صورة يمكن الحديث عنها هو النزاع الحاصل بين حكومة المملكة العربية السعودية مع شركة أرامكو، الذي نُظِرَ من المحكم السويسري «سوسر هل» الذي أصدر قراره في ٢٣ أغسطس ١٩٥٨م(١).

ولأهمية هذا الموضوع فقد أردت أن أبيّن في هذا البحث -إن شاء الله- شرط الإسلام في المُحَكِّم في المنازعات التحكيمية، وسيكون الحديث عن هذا الموضوع في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

---

(١) انظر تفاصيل المنازعة والتعليق عليها في كتاب «التحكيم في العقود الإدارية والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقه للنظام السعودي» للكاتب ص٣٠٩.

المطلب الأول: آراء الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في المحكم.

المطلب الثاني: حكم تحكيم غير المسلم في النظر والفصل في المنازعات.

المطلب الثالث: الرأي في شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية.

## المطلب الأول:
## آراء الفقهاء في الشروط الواجب توافرها في المحكم

حتى يمكن للقارئ الكريم تصور الموضوع فإني أود أن أذكر في هذا المطلب أقوال الفقهاء حول الشروط الواجب توافرها في المحكم وسيكون الحديث -إن شاء الله- على الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء في أنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في أنه لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي.

### الفرع الأول: أقوال الفقهاء في أنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي

في هذا الفرع سيكون الحديث عن قول الفقهاء أنه يشترط في المحكم أو الحكم ما يشترط في القاضي، وهذا قول الجمهور: من الحنفية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤)

---

(٢) انظر الهداية وفتح القدير والعناية عليها ٤٩٩/٥، والدر المختار حاشية رد المحتار ١٢٨/٥، والبحر الرائق ٢٤/٧ والمبسوط ١١١/١٦، ودرر الحكام لحيدر ٦٤٠/٤.

(٣) انظر مغني المحتاج للشربيني ٣٧٨/٤، ونهاية المحتاج ٢٣٠/٨، وأدب القاضي للماوردي ٣٨٣/٢، والمهذب ٢٩١/٢، والفتاوى الكبرى للهيتمي ٢٩٠/٤ و٢٩٨ ٢٤/٧، والمبسوط ١١١/١٦ودرر الحكام لحيدر ٦٤٠/٤.
انظر مغني المحتاج للشربيني ٣٧٨/٤، ونهاية المحتاج ٢٣٠/٨، وأدب القاضي للماوردي ٣٨٣/٢.

(٤) انظر المغني ٤٨٣/١١، ومطالب أولى النهى ٤٧١/٦، ومنتهى الارادات ٥٧٨/٢، والانصاق ١٧٩/١١ والشرح الكبير ص٣٩٢ والتنقيح ص٢٩٨ والمحرر ١٠٨/٣.

وقول عند المالكية(٥)، ويرى هذا الرأي أن المحكم يجب أن تتوافر فيه شروط القاضي بناءً على أن المحكم بمنزلة القاضي في الفصل بين المتنازعين، فلا بد من توفر صفات القاضي فيه(٦).

وعلى حسب هذا الرأي يجب أن تتوافر في الهيئات والغرف التحكيمية والمحكمين عند التحكيم في المنازعات الشروط الواجب توافرها في القاضي المسلم.

قال في فتح القدير: «صفات المحكم أهليته للقضاء بأهلية الشهادة، فمن ليس فيه ذلك لا يُقَلَّد حاكمًا، ولا محكمًا»(٧).

وقال في الرد المحتار: «وشرطه، من جهة المحكم، صلاحيته للقضاء»(٨).

قال المازري: «لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء»(٩).

وقال ابن قدامة في المغني: «إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء، فحكم بينهما، جاز ذلك ونفذ حكمه»(١٠).

ومفهوم المخالفة من هذه النصوص، أنه إذا كانت هيئة التحكيم غير مسلمة أو المحكم غير مسلم في المنازعة فإن حكم التحكيم لا ينفذ ويكون باطلاً، وبناءً على ذلك فإنه إذا لم تتوافر هذه الشروط وتخلفت فإن حكم هيئة التحكيم أو المحكم غير نافذ ويُعدُّ باطلاً.

أما عن تفاصيل الشروط الواجب توافرها في المحكم -التي ذكرها أصحاب هذا الرأي- وهي الشروط الواجب توافرها في القاضي، فقد انقسم هذا الرأي في تحديدها إلى قسمين: قسم متفق عليه وقسم مختلف فيه.

---

(٥) انظر الحطاب ١١٢/٦ وتبصرة الحكام ٦٣/١ ومواهب الجليل ١١٢/٦.

(٦) انظر الهداية للمرغيناني ١٠٨/٣ والمنتقى ٦٧/٨ وأدب القاضي للماوردي ٣٨٠/٢.

(٧) فتح القدير ٤٩٩/٥.

(٨) حاشية در المحتار ٣٢٨/٥.

(٩) تبصرة الحكام ٦٣/١

(١٠) ٩٢/١٤

## القسم الأول: الشروط المتفق عليها بين الفقهاء

وهذه الشروط ليست محل اختلاف بين الفقهاء وقد حددوا هذه الشروط بالآتي: الإسلام، والعقل، والبلوغ، وقال بهذا القول: الحنفية(١١) والمالكية(١٢) والشافعية(١٣) والحنابلة(١٤).

وما يعنينا من هذه الشروط في التحكيم في المنازعة الشرط الأول من الشروط المتفق عليها، وهو شرط الإسلام، أما الشروط الأخرى فأرى أنها ليست مثار جدل، حيث لا يمكن أن يكون المحكم غير عاقل، أو صغير غير بالغ.

ويتأكَّد شرط الإسلام إذا كان نظر المنازعة من هيئة تحكيم، فأصحاب هذا الرأي يرون أن الإسلام شرط لصلاحية المحكم، وفي التحكيم بين المسلمين وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء(١٥)، قال الحطاب: «فلا يجوز تحكيم كافر ولا مجنون ولا موسوس اتفاقًا»(١٦)، فشرط الإسلام في القضاء لم يختلف عليه المسلمون وبه قال جميع العلماء وعليه انعقد الإجماع، فالإسلام هو الشرط الأول قي تولي منصب القضاء والتحكيم(١٧).

وسبَّب أصحاب هذا القول اشتراط الإسلام في المحكم والقاضي على ثلاثة أسباب:

أولاً: «لأنَ غير المسلم لا يعرف الأحكام الشرعية، فحكمه يكون بغير ما أنزل الله»(١٨).

---

(١١) الدر المختار ورد المحتاره / ٣٥٤ و٣٦٥ والبحر الرائق ٥٦/٧.

(١٢) الشرح الكبير للدردير ١٢٩/٧ والقوانين الفقهية ص٣٢٣ وتبصرة الحكام ٢٦/١.

(١٣) مغني المحتاج ٣٧٥/٤ والأحكام السلطانية ص٦٥ وأدب القاضي ٦٣١/١.

(١٤) منتهى الارادات ٥٧٦/٢.

(١٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ٨١/١ وأدب القاضي للماوردي ٣٨١/٢.

(١٦) الحطاب –مواهب الجليل- ١٠٠/٨.

(١٧) د. محمود الخالدي –قواعد نظام الحكم في الإسلام- ص٢٩٥ ود. إبراهيم عبدالحميد - نظام القضاء في الإسلام –ص٥.

(١٨) د. شوكت محمد عليان – المرجع السابق- ص٤٦٣.

ثانيًا: إن غير المسلِمَ لا تجوز شهادته على المسلم، ومن لا تجوز شهادته لا تجوز ولايته في القضاء ولا في التحكيم(١٩).

ثالثًا: إذا كان لا يجوز لغير المسلم أن يتولى القضاء، فكذلك لا يجوز له التحكيم بين المسلمين؛ لأنَّ في تحكيم الكافر في النزاع الناشئ بين الطرفين المسلمين، سمو ورفعه وسلطان ونفوذ للكافر على المسلمين، وإن جاز ذلك لكان منافيًا(٢٠) لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (النساء: ١٤١).

وقد ذكر الحنفية أنه لا يجوز تحكيم الذمي ليحكم بين المسلمين(٢١)، كما صرح الحنابلة باشتراط الإسلام فيمن يحكم بين المسلمين والكفار إذا نزلوا على حكم محكم بعد التحصن للحرب(٢٢).

فبناءً على هذا القول فليس للمتحاكمين أن يتفقا على محكم ليس أهلاً للتحكيم ولو حكم غير المسلم بين المسلمين فأجازا حكمه لم يجزكما لو حكماه في الابتداء(٢٣)، فاشتراط أن يكون المحكم مسلمًا أو هيئة التحكيم التي تنظر في الخصومة مسلمة شرط صحة، فإذا تخلف هذا الشرط عدَّ التحكيم باطلاً.

## القسم الثاني: الشروط المختلف عليها بين الفقهاء

اختلف أصحاب هذا الرأي في الشروط الواجب توافرها في المحكم بناءً على الشروط الواجب توافرها في القاضي، على النحو الآتي:

---

(١٩) د. سيد أحمد محمود - نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي- ص٣٦.

(٢٠) أحمد مليجي- قواعد التحكيم- ص١٢٦ بتصرف.

(٢١) حاشية ابن عابدي ٢٩٩/٧.

(٢٢) المغني ٥٤٥/١٠ وكشاف القناع ٦٠/٣.

(٢٣) الفتاوى الهندية ٣٦٨/٣ وفتح القدير ٥٠٢/٥ والبحر الرائق ٢٤/٧ وحاشية ابن عابدين ٤٢٨/٥ والموسوعة الكويتية ص٢٤٢.

### أولاً/ الإسلام فيمن يتولى القضاء بين كافرين:

اختلف أصحاب هذا القول في هذا الشرط على قولين:

القول الأول: إن الإسلام شرط فيمن يتولى القضاء والتحكيم فلا يصح توليته ولا يصح قضاؤه وهو قول: المالكية(٢٤)، والشافعية(٢٥)، والحنابلة(٢٦).

القول الثاني: لا يشترط الإسلام فيمن يتولى القضاء والتحكيم، لأنَّه أهل للشهادة في حقه فيجوز تقليده للقضاء ليحكم بين أهل الذمة(٢٧) وهو قول الحنفية(٢٨).

وارى أن الراجح القول الأول للآتي:

١- لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾(البقرة: ٢٨٢) ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(الطلاق: ٢).

وجه الدلالة:

أن الله عزّ وجلّ اشترط في الشهادة وهي بين المسلمين، أن تكون من ذي عدل، فالشهادة لا تصح من غير عدل، ومن لا تصح شهادته لا يصح قضاؤه، وهذا الخطاب موجه للمسلمين، فإذا كان هذا بين المسلمين، فالكافر ليس بعدل أصلاً وبالتالي لا يصح قضاؤه.

### ثانيًا/ الرجولة:

اختلف أصحاب هذا القول في اشتراط الذكورة(٢٩) في القاضي، على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن الذكورة شرط فيمن يتولى القضاء، مطلقًا وقال بهذا القول:

---

(٢٤) بداية المجتهد ٤٩٩/٢، وتبصرة الحكام ٢٣/١، ومنح الجليل ٤/ ١٣٨.

(٢٥) المهذب ٣٠٧/٢، ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٢٦) المغني ٣٨٠/١١، وكشاف القناع ٢٦٢/٤، والإقناع ٣٦٨/٤.

(٢٧) تبيين الحقائق ١٩٣/٤.

(٢٨) رد المحتار على الدر المختار ٣٥٤/٥، وفتح القدير ٤٩٩/٣، وبدائع الصنائع ٧/ ٣، والبحر الرائق ٢٥/٧.

(٢٩) اصطلح الفقهاء رحمهم الله على إطلاق تعبير لفظ (ذكر) وأرى أن التعبير السليم هو (رجل) لقوله تعالى: ﴿فِيهِ رِجَالٌ﴾ (التوبة: ١٠٨)، فهناك فرق بين الذكر والرجل فكل رجل ذكر وليس كل ذكر رجل.

المالكية(٣٠)، والشافعية(٣١)، والحنابلة(٣٢).

القول الثاني: لا تشترط الذكورة فيمن تولى القضاء، فيجوز أن تتولى المرآة القضاء في غير الحدود، والقصاص وهو قول الحنفية(٣٣).

القول الثالث: لا تشترط الذكورة في القضاء مطلقًا وهو قول الظاهرية(٣٤).

وأرى أن الراجح: عدم صحة تولي المرأة للقضاء مطلقًا للآتي:

أولاً: لقوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ (النساء: ٣٤).

ثانيًا: أخرج الإمام أحمد في مسنده أن أبا بكرة -رضي الله عنه- قال: رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: من يلي أمر فارس؟ قالوا: امرأة. قال: «ما أفلح قوم يلي أمرهم امرأة»(٣٥).

ثالثًا: جاء عند عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري، عن الأعمش، عن إبراهيم، عن أبي معمر، عن ابن مسعود -رضي الله عنه- قال: كان الرجال والنساء في بني إسرائيل يصلون جميعًا، فكانت المرأة لها الخليل، تلبس القالبين تطول بهما لخليلها، فأُلْقِيَ عليهن الحيض، فكان ابن مسعود يقول: أخروهن، حيث أخرهن الله. فقلنا لأبي بكر: ما القالبين؟ قال: رفيصين من خشب(٣٦).

---

(٣٠) بداية المجتهد ٢/٤٩٩ وتبصرة الحكام ١/٣٢ ومنح الجليل ٤/١٣٨.

(٣١) المهذب ٢/٣٧٨ ومغني المحتاج ٤/٣٧٥.

(٣٢) المغني ١١/٣٨١ وكشاف القناع ٤/٢٦٢ والإقناع ٤/٣٨٦.

(٣٣) رد المحتار على الدر المختار ٥/٣٥٤ وفتح القدير ٣/٤٥٤ وبدائع الصنائع ٧/ ٣.

(٣٤) المحلى ٩/٣٦٣.

(٣٥) انظر: أحمد بن حنبل، المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، رقم الحديث (١٩٦٠٣) دار صادر، بيروت، لبنان، ٤١/٤٦٢.

(٣٦) انظر: عبدالرزاق، المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، طبعة دار الحديث، الطبعة الأولى، حديث رقم (٥١١٥)، ٣/١٤٩. وانظر أيضاً: الطبراني، المعجم الكبير، للإمام سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، در النشر: مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية حديث رقم (٩٣٧٢)، ٨/٢٣٤. وانظر أيضاً: ابن خزيمة، صحيح ابن خزيمة للإمام أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلمي النيسابوري، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، باب: جماع أبواب صلاة النساء في الجماعة، حديث رقم (١٦٠٦)، ٦/٢٧٩.

رابعًا: إن في تولي المرأة للقضاء اختلاط بالرجال، وفي هذا اثر خطير على كيان المرأة الذي حفظه الإسلام وحمى به أنوثة المرأة وأخلاقها من العبث والعدوان(٣٧).

**ثالثًا/ العدالة:**

اختلف أصحاب هذا القول في اشترط العدالة في القاضي على قولين:

القول الأول: إن الفاسق لا يتولى القضاء سواء كان فسقه اعتقاديًا أو ظاهريًا، فالعدالة شرط فيمن يتولى القضاء وقال بهذا القول: المالكية(٣٨) والشافعية(٣٩) والحنابلة(٤٠).

القول الثاني: يجوز تولية الفاسق القضاء، فالعدالة ليست شرطًا فيمن يتولى القضاء، بشرط أن يكون قضاؤه موافقًا للشرع وهذا قول الحنفية(٤١).

أرى أن الراجح من القولين القول الأول للآتي:

لقوله الله عزّ وجلّ: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾(الحجرات: ٦).

وجه الدلالة: إن الله -عزّ وجلّ- أمر المؤمنين بالتبيّن من نبأ وخبر الفاسق، والقاضي يجب ألا يكون هناك تثبت من أنباءه، وأن تقبل مجردة من التثبت، ولو جُوِّزَ قضاء الفاسق لأدى ذلك إلى التأخر في الفصل في القضايا إلى حين التثبت منه، وفي هذا تعطيل لمصالح الناس، فلا يجوز أن يتولى الفاسق القضاء.

**رابعًا/ الاجتهاد(٤٢):**

اختلف أصحاب هذا الرأي في كون القاضي مجتهدًا على قولين:

---

(٣٧) د. شوكت محمد عليان – مرجع سابق– ص١٢٠.

(٣٨) بداية المجتهد ٤٩٩/٢ وتبصرة الحكام ٢٤/١.

(٣٩) المهذب ٣٠٧/٢ ومغني المحتاج ٣٧٥/٤.

(٤٠) المغني ٣٨١/١١ وكشاف القناع ٢٦٢/٤ والإقناع ٣٦٨/٤.

(٤١) رد المحتار على الدر المختار ٣٥٤/٥ وفتح القدير ٤٩٩/٣ وبدائع الصنائع ٣/٧ ومعين الحكام ص١٣.

(٤٢) الاجتهاد عرّفه ابن قدامة بأنه: «بذل الجهد في العلم بأحكام الشرع». نزهة الخاطر العاطر ٤٠١/٢ وعرف الشوكاني المجتهد بقوله: «هو الفقيه المستفرغ لوسعه لتحصيل ظن بحكم شرعي». إرشاد الفحول ص٢٥٠.

**القول الأول:**

الاجتهاد شرط فيمن يتولى القضاء مع وجود المجتهدين، فلا يصح تولية المقلِّد مع وجود المجتهد، أما إذا لم يوجد المجتهد فإنه يجوز توليته للضرورة إلى ذلك. وهذا قول: الشافعية(٤٣)، والحنابلة(٤٤)، وبعض الحنفية(٤٥)، وبعض المالكية(٤٦).

**القول الثاني:**

الاجتهاد ليس شرطًا فيمن يتولى القضاء مع وجود المجتهدين؛ فيصح قضاء غير المجتهد، وإن كان الأولى أن يكون القاضي مجتهدًا. وهو قول: الحنفية(٤٧)، والمالكية(٤٨)، وبعض الحنابلة(٤٩).

وارى أن الراجح القول الأول للآتي:

أولاً: لقوله الله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ (المائدة: ٤٩).

وجه الدلالة: إن الله عزّ وجلّ أمر نبيه أن يحكم بما أنزل الله، والحكم لا يكون إلا بعد العلم بما في الكتاب، ولا يعرف ذلك إلا المجتهد.

ثانيًا: قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾ (النساء: ١٠٥).

وجه الدلالة: أنه لا يعرف معاني الشرع إلا المجتهد، أما المقلِّد فلا يعرف ذلك.

---

(٤٣) المهذب ٣٠٧/٢ ومغني المحتاج ٣٧٥/٤ و٣٧٧ ونهاية المحتاج ٣٨٩/٣ وأدب القاضي للماوردي ٦٣٦/٢ و٦٤١.

(٤٤) المغني ١٤/١٤-١٦ وكشاف القناع ٢٩٤/٦ والإقناع ٤/٣٦٨ والروض المربع ٣٧٥/٣ بحاشية العنقري والفروع لابن مفلح ٤٢٢/٦ و٤٢٣.

(٤٥) معين الحكام للطرابلسي ص١٤ والبناية ٤/٨.

(٤٦) بداية المجتهد ٤٦٠/٢ ومواهب الجليل ٨٨/٦ والمنتقى ١٨٣/٥.

(٤٧) رد المحتار على الدر المختار ٣٥٤/٥ وبدائع الصنائع ٣/٧ وفتح القدير ٣٥٩/٦ والفتاوى الهندية ٣٠٧/٣.

(٤٨) بداية المجتهد ٢/٤٩٩ وتبصرة الحكام ٢٤/ والشرح الكبير للدسوقي ١٢٩/٤ والأحكام في شرح تحفة الحكام ١١/١.

(٤٩) الإفصاح ٣٤٣/٢.

ثالثًا: ما رواه بريدة بن الحصيب -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: (القضاة ثلاثة واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق وقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس بعلمه على جهل فهو في النار)(٥٠).

رابعًا: ما جاء عن معاذ بن جبل -رضي الله عنه- حين سأله رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عندما بعثه قاضيًا إلى اليمن، ولفظه عند أحمد: (كيف تصنع إن عرض عليك القضاء؟)، قال: أقضي بما في كتاب الله. قال: (فإن لم تجد في كتاب الله؟)، قال: فبسنّة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. قال: (فان لم يكن في سنّة رسول الله؟) قال: اجتهد أي لا آلو. قال:فضرب رسول الله -صلى الله عليه وسلم- صدري ثم قال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)(٥١).

وجه الاستدلال من الحديثين:

إن الحديثين بيَّنا أنه يجب على القاضي أن يقضي أولاً بكتاب الله، ثم إذا لم يجد قضى بسنَّة رسوله -صلى الله عليه وسلم-، وإذا لم يجد اجتهد رأيه، والمقلّد لا يستطيع أن يقضي بما في كتاب الله ولا سنّة رسوله -صلى الله عليه وسلم-؛ لأنَّه لا يعرف الاستدلال ولا كيفيته، وبناء على هذين الحديثين فإنه يجب أن يكون القاضي مجتهدًا.

خامسًا: إن المقلّد لا يصلح أن يكون مفتيًا؛ فلم يجز أن يكون قاضيًا.

---

(٥٠) رواه أبوداود برقم ٣٥٧٣ في كتاب الأقضية. باب القاضي يخطئ ٣/٢٩٩ ورواه بن ماجه برقم ٢٣١٥ في كتاب الأحكام. باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق ٢/٧٧٦.

(٥١) انظر: أحمد بن حنبل، المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، رقم الحديث (٢١٠٠٠) دار صادر، بيروت، لبنان، ٤٤/٤٩٣ وانظر أيضاً: البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة: الثالثة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ١٠/١١٤. وانظر أيضاً: الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، سنن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، الناشر: دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية الطبعة: الأولى، ١٤١٢هـ - ٢٠٠٠م، باب: كتاب العلم. الفتيا وما فيها من الشدة، ١/١٩٠.

أما بخصوص اشتراط الاجتهاد في المحكم، فقد قال المالكية: «إنما يجوز التحكيم، إذا كان المحكم عدلاً من أهل الاجتهاد، أو عاميًا، واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد، رد، وإن وافق قول قائل لأنَّ ذلك تخاطر منه وغرر»⁽٥٢⁾. وقال ابن رشد: «أشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يُتَّفَق على بطلان حكمه؛ لأنَّ تحكيمه خطر وغرر»⁽٥٣⁾.

وأرى أن المقصود من الاجتهاد الواجب في القاضي وفي المحكم، ليس الاجتهاد المطلق في كل الأمور، وإنما المقصود -والله اعلم- أن يكون اجتهاده بخصوص ولايته القضائية، سواء كان بعموم الولاية كاجتهاده في القضايا الإدارية أو القضايا التجارية أو القضايا الجنائية وخلافها، أو اجتهاده بموضوع المنازعة بحيث لا يصدر حكمه إلا بعد أن يجتهد، ويبذل الوسع فيها فيصدر الحكم برأيه الاجتهادي وليس تقليدًا لأحد، وذلك لتعذر أن يكون القاضي مجتهدًا مطلقًا أو مقيدًا في مذهبه في هذا العصر، فالكمال بن الهمام ينقل عن الإمام الغزالي ت (٥٠٥هـ) قوله: «إن اجتماع هذه الشروط من العدالة، والاجتهاد، وغيرهما متعذر في عصرنا، لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولَّاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً وفاسقًا»⁽٥٤⁾، وكلام الغزالي عن انعدام المجتهد في عصره الذي كان انتشار العلم فيه أكثر من عصرنا، كما هو واضح من مؤلفاتهم وسيرهم، فكيف بعصرنا هذا؟!

كما أن الفقهاء تكلموا عن هذه الجزئية، فقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «إن ولاية القضاء تتبعض، ولا يجب على القاضي إلا معرفة ما يتعلق بولايته، حتى لو وُلِّيَ في المواريث لم يجب أن يعرف إلا الفرائض والوصايا وما يتعلق بذلك، وإن وُلِّي عقد الأنكحة وفسخها؛ لم يجب عليه أن يعرف إلا ذلك»⁽٥٥⁾.

---

(٥٢) تنبيه الحكام ص١٩٠ وتبصرة الحكام ٦٣/١ ومواهب الجليل ١١٢/٦ والذخيرة ٣٦/١٠.

(٥٣) انظر مواهب الجليل للحطاب ٣٦/١٠.

(٥٤) ابن الهمام –فتح القدير – ٤٥٤/٧ ابن عابدين ٣٣٠/٤.

(٥٥) علاء الدين علي بن محمد البعلي الدمشقي – الاختيارات العلية في اختيارات ابن تيمية– ص٣٣٦.

**خامسًا/ السمع والبصر والنطق:**

اختلف أصحاب هذا الرأي في شرط توافر حاسة السمع والبصر والكلام في القاضي على قولين:

القول الأول: يشترط أن يكون القاضي سليم السمع والبصر والنطق.

وهذا قول: الحنفية(٥٦)، والمالكية(٥٧)، الشافعية(٥٨)، والحنابلة(٥٩).

القول الثاني: يشترط للقاضي سلامة السمع والنطق، دون البصر.

وقال بهذا القول: بعض المالكية(٦٠) وبعض الشافعية(٦١) وبعض الحنابلة(٦٢).

وأرى -والله أعلم- الراجح من القولين القول الثاني للآتي:

أولاً: أخرج أبو داود في سننه عن أنس -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم- استخلف ابن أم مكتوم -رضي الله عنه- على المدينة مرتين(٦٣).

وجه الاستدلال:

إن فعل الرسول -صلى الله عليه وسلم- دليل على جواز توليه القضاء لمن فقد حاسة البصر، قال ابن تيمية: «ولأنَّه يجوز شهادة الأعمى إذ لا يعوزه إلا معرفة عين الخصم، ولا يحتاج إلى ذلك، بل يقضي على موصوف، كما قضى داود بين الملكين، ويتوجه أن يصح مطلقًا، ويُعرّف بأعيان الشهود والخصوم، كما يُعرّف بمعاني كلامهم

---

(٥٦) معين الحكام ص٦٩ والزيلعي ٤/٢١٧ و٢١٨.

(٥٧) بداية المجتهد ٢/٥٠٠ وتبصرة الحكام ١/٢٥ والمنتقى ٥/١٨٣.

(٥٨) المهذب ٢/٣٠٧ ومغني المحتاج ٤/٣٧٥ و٣٧٥.

(٥٩) المغني ١٤/١٤-١٦ وكشاف القناع ٦/٢٩٤ والإقناع ٤/٣٦٨.

(٦٠) بداية المجتهد ٢/٥٠٠ وتبصرة الحكام ١/٢٥ والمنتقى ٥/١٨٣.

(٦١) المهذب ٢/٣٠٧ ومغني المحتاج ٤/٣٧٥.

(٦٢) علاء الدين علي بن محمد البعلي الدمشقي -المرجع السابق- ص٣٣٦.

(٦٣) انظر: أبو داود السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِجستاني، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، باب: في الضرير يولى، حديث (٢٥٤٢)، ٨/١٥٠. وانظر أيضاً: عبدالرزاق، المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، طبعة دار الحديث، الطبعة الأولى، حديث رقم (٣٨٢٩)، ٢/٣٩٥.

في الترجمة، إذ معرفة كلامه وعينه سواء، وكما يجوز أن يقضي على غائب باسمه ونسبه، وأصحابنا قاسوا شهادة الأعمى على الشهادة على الغائب والميت، وأكثر ما في الموضِعَيْن عند الرواية، والحكم لا يفتقر إلى الرؤية، بل هذا في الحاكم أوسع منه في الشاهد بدليل الترجمة والتعريف بالحُكم دون الشهادة وما به أوسع مما به يشهد»(٦٤).

ثانيًا: واقع الحال يؤيد هذا الرأي، حيث إن بعض من الذين لا يبصرون تولوا منصب القضاء ونجحوا فيه خير من المبصرين(٦٥).

وحول صحة تحكيم الأعمى، فقد أجاز الحنابلة تحكيم الأعمى بين العدو بعد تحصنه وبين المسلمين(٦٦)، وقالوا: «بأنه كما تجوز شهادة الأعمى يجوز تحكيمه، إذ لا يعوزه إلا معرفة الخصم ولا يحتاج إليها، بل يقضي على موصوف كما قضى داود بين الخصمين»(٦٧).

وقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي في القرار(٦٨) رقم: (٩٥-٨-د٩) بوجوب أن توافر شروط القضاء في المحكم، حيث نص القرار في الفقرة (رابعًا) على أنه: «يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء».

## الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في أنه لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي

يرى أصحاب هذا القول أنه لا يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي من شروط، وبهذا القول قال بعض المالكية، فنقل الباجي(٦٩) عن عدد من أئمة المالكية جواز تحكيم بعض من لا يصلح للقضاء، فقد ذكر قول أشهب حول شرطين من الشروط

---

(٦٤) البعلي - المرجع السابق- ص٦٢٧ و٦٢٨.

(٦٥) من ذلك مفتي عام المملكة العربية السعودية السابق الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ والشيخ عبدالله بن محمد بن حميد والشيخ عبدالعزيز بن باز رحمهم الله جميعاً.

(٦٦) انظر المغني ٤٥٤/١٠ وكشاف القناع ٦٠/٣.

(٦٧) البعلي - المرجع السابق- ص٣٣٦.

(٦٨) انظر نص القرار في مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع ٣٨٥/٤ و٣٨٦.

(٦٩) انظر المنتقى للباجي ٢٢٨/٥.

الواجب توافرهما في القاضي، وهما أن يكون القاضي رجلاً، وحرًا، فنقل عنه أنه: «إن حَكَّمَا بينهما امرأةً، فحكمها ماضٍ، إذا كان مما يختلف الناس فيه، وكذلك العبد والحرُّ المسخوط»، كما ذكر قول أشهب واصبغ في صحة تحكيم المرأة والعبد فنقل عنهما أنه: «إن كان العبد والمرأة بصيرين عارفين مأمونين فإن تحكيمهما وحكمهما جائز إلا في خطأ بيّن»، وذكر الدليل على ذلك بما قاله ابن حبيب، حيث قال: «وقال ابن حبيب وبه أخذ، فقد ولى عمر -رضي الله عنه- الشِّفاء وهي أم سليمان بن أبي حتمة سوق المدينة، ولا بد لوالي السوق من الحكم بين الناس ولو في صغار الأمور»⁽٧٠⁾، وقد علل الباجي عدم وجوب أن تتوافر شروط القاضي في المحكم فقال: «لأن التحكيم من باب الوكالة فلا يراعى فيه شيء من شروط القاضي سوى العقل».

وقال بعض الحنابلة: إن المحكم لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي⁽٧١⁾، فقال ابن عقيل في عمدة الأدلة بعد ذكر التحكيم: «وكذا يجوز أن يتولى متقدمو الأسواق والمساجد الوساطات والصلح عند الفَوْرَة والمخاصمة.⁽٧٢⁾ وجاء في الاختيارات الفقهية⁽٧٣⁾: «قال في المحرر وغيره، ويشترط في القاضي عشر صفات، قال أبو العباس: (أي شيخ الإسلام ابن تيمية) إنما اشترطت هذه الصفات فيمن يُولَّى، لا فيمن يحكمه الخصمان».

أما العشرة صفات التي ذكرها صاحب كتاب المحرر مجد الدين أبو البركات فهي ما ذكرها بقوله: «ويشترط في القاضي عشر صفات كونه بالغًا عاقلاً ذكرًا حرًا مسلمًا عدلاً سميعًا بصيرًا متكلِّمًا مجتهدًا»⁽٧٤⁾.

---

(٧٠) للباحث بحث تحت الإعداد بعنوان (حكم تولي المرأة للتحكيم في المنازعات).

(٧١) كشاف القناع ٣٠٩/٦ وغاية المنتهى لابن مرعي ٤١٤/٣.

(٧٢) الماوردي - الأنصاف - ٣٢٨/٢٨.

(٧٣) البعلي - المرجع السابق- ص٥٧٧.

(٧٤) مجد الدين أبي البركات - المحرر في الفقه على مذهب الأمام أحمد بن حنبل -مكتبة المعارف - الرياض- ٢٠٣/٢.

## المطلب الثاني:
## حكم تحكيم غير المسلم في النظر والفصل في المنازعات

بعد أن استعرضت ما ذكره الفقهاء حول شروط المحكم في الفقه الإسلامي، المتفق عليها، والشروط المختلف عليها، أود أن أبيّن في هذا المطلب شرطًا، مهمًا وهو الذي يواجه المتخاصمين عند لجوئهما إلى التحكيم خاصة إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا، وهو شرط أن يكون المحكم مسلمًا، وأرى أن هذا الشرط من الأهمية بمكان، حيث إنه هو الشرط الذي يمكن أن يُثار عند اللجوء إلى التحكيم الدولي، فالهيئات والغرف التحكيمية الدولية أو المحكمون الدوليون في الغالب يكونون من غير المسلمين.

ويجب عند بحث شرط الإسلام في المحكم أن ينظر في حال المتنازعين، وهذه الحال لا تخرج عن صورتين:

الأولى: إن يكون المتنازعان مسلمين.

الثانية: أن يكون أحد المتنازعين غير مسلم.

وعلى هذا سيكون تقسيم هذا المطلب في فرعين لمناقشة الصورتين السابقتين كل صورة في فرع مستقل.

## الفرع الأول:

## حكم تحكيم غير المسلم في النظر والفصل في المنازعات بين المتنازعين المسلمين

**الحالة الأولى:**

هذه الصورة لا تثير جدلاً كثيرًا، حيث إن الفقه الإسلامي لا يجيز أن يتولى الكافر التحكيم بين مسلمين.

فقد نص فقهاء الحنفية(٧٥) والمالكية(٧٦) والشافعية(٧٧)، على عدم جواز لجوء المسلمين إلى تحكيم الكفار في نزاعاتهم، فالإسلام شرط لصلاحية المحكم ولصحة الحكم بين المسلمين، وهذا موضع اتفاق بين الفقهاء(٧٨)، فشرط الإسلام في المحكمين بين المسلمين، شرط لا يقبل الخلاف بين الفقهاء «فلم يقل أحد يعتد برأيه، بأنه يجوز تحكيم غير المسلم في المنازعات بين المسلمين»(٧٩).

فقد ذكر الحنفية أنه لا يجوز تحكيم الذمي ليحكم بين المسلمين(٨٠)، وصرحوا بعدم نفوذ حكم المحكم الكافر إذا حكم بين مسلمين، فقالوا: «ليس للخصمين أن يتفقا على محكم ليس أهلاً للتحكيم، ولو حكَّم غير المسلم بين المسلمين، فأجازا حكمه لم يجز، كما لو حكَّماه في الابتداء»(٨١).

ونفى ابن فرحون من المالكية، لزوم حكم الكافر إذا حكم بين مسلمين، وذكر أنه بلا خلاف(٨٢).

---

(٧٥) فتح القدير ٥/٤٩٩ والفتاوى الهندية ٥/٣٩٧ وتبيين الحقائق ٤/١٩٣ والبناية ٨/٦٧.

(٧٦) الشرح الكبير للدردير ٤/١٣٥ تبصرة الحكام ١/٥٦ والخرشي ٧/١٤٥ والمنتقى للباجي ١/٥٦.

(٧٧) القيلوبي على الجلال ٤/٢٩٨.

(٧٨) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣ وتبصرة الحكام لابن فرحون ١/٨١ وأدب القاضي للماوردي ٢/٣٨١.

(٧٩) محمد بدر المنياوي –مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد التاسع ٤/٦٠.

(٨٠) حاشية ابن عابدي ٧/٢٩٩.

(٨١) الفتاوى الهندية ٣/٣٦٨ وفتح القدير ٥/٥٠٢ والبحر الرائق ٧/٢٤ وحاشية ابن عابدين ٥/٤٢٨.

(٨٢) تبصرة الحكام ١/٥٦.

ويعود السبب لمنع الكافر من أن يكون حكمًا بين المسلمين؛ لأنَّه كما لا يجوز أن يتولى الكافر القضاء والتحكيم بين المسلمين لأنَّ في توليه سموًا ورفعةً وسلطانًا ونفوذًا، فكذلك لا يجوز له أن يتولى التحكيم، ولو قيل بجواز ذلك لكان منافيًا(٨٣) لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (النساء: ١٤١)، كما أن في تولية الكافر على المسلمين عزة على المسلمين ونفوذًا له عليهم، والله يقول: ﴿وَلِلَّهِ ٱلۡعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِۦ وَلِلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ (المنافقون: ٨)، فلجوء المتنازعين المسلمين إلى محكم أو هيئة تحكيم غير مسلمة، للفصل في منازعتهما والالتزام بما يحكم به؛ احترام وإعزاز لهذا المحكم أو الهيئة التحكيمية الكافرة، ورفعة لهم وإكرام، والكفر يقتضي إذلال صاحبة والقضاء والتحكيم يقتضي احترامه(٨٤).

وقد رُوِيَ عن أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- أنه قال: «قلت لعمر -رضي الله عنه- أن لي كاتبًا نصرانيًا، قال مالَكَ؟! قاتلك الله، أما سمعت الله تعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلۡيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوۡلِيَآءَۘ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمۡ فَإِنَّهُۥ مِنۡهُمۡ﴾ (المائدة: ٥١)، إلا اتخذت حنيفًا؟، قال: قلت: يا أمير المؤمنين لي كتابه وله دينه، قال: لا أكرمهم إذ أهانهم الله ولا أعزهم، إذ أذلهم الله ولا أدنيهم إذ أقصاهم الله»(٨٥). فالفاروق -رضي الله عنه- منع أبا موسى الأشعري -رضي الله عنه- من توظيف كافر مع حاجته له، والسبب يرجع إلى كفره، وهذا أمر يتعلق بأمر لا يصل إلى أهمية وخطورة التحكيم؛ فيكون من باب أولى ألا يتولى الكافر التحكيم بين المسلمين.

فبناءً على هذا فإن اشتراط أن يكون المحكم الذي ينظر في المنازعة بين مسلمين مسلمًا، وأن تكون الهيئة التحكيمية مسلمة، شرط مهم وشرط صحة، فإذا تخلف هذا الشرط عدَّ التحكيم باطلاً.

---

(٨٣) أحمد مليجي -قواعد التحكيم- ص١٢٦.

(٨٤) ابن مفلح -الفروع- ١٠/١٩ بتصرف.

(٨٥) ابن القيم الجوزية -أحكام أهل الذمة- ص٢١٠ و٢١١.

## الفرع الثاني: حكم تحكيم غير المسلم في النظر والفصل في المنازعات في المنازعة بين مسلم وغير المسلم

**الحالة الثانية:**

إذا كانت المنازعة بين مسلم وغير مسلم، وتم اللجوء في هذه المنازعة إلى محكم غير مسلم، أو إلى هيئة تحكيم غير مسلمة.

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أن يكون الكافر محكمًا بين المسلم والكافر، لأنَّ الأصل أن المحكم يجب أن يشتمل على الشروط الواجب توافرها في القاضي.

قال أبو يوسف في الخراج: «إن سأل أهل الحصن، أن ينزلوا على حكم رجل من أهل الذمة، لم يجابوا إلى ذلك لأنَّه لا يحل أن يُحكَّم أهل الكفر في حروب المسلمين في أمور الدين فإن اخطأ الوالي وأجابهم إلى ذلك فحكم فيهم ببعض هذه الوجوه، لم يجز شيء من حكمه». وقال: «وإن سألوا أن ينزلوا على حكم رجل من المسلمين وسموه، ورجل منهم؛ فلا يجابوا إلى ذلك، ولا يشرك في الحكم في الدين كافر، ولو اخطأ الإمام فأجابهم إلى ذلك فحكما، لم ينفذ حكمهما الإمام، إلا في أن يصيروا ذمة، أو يسلموا، فإنهم لو أسلموا لم يكن عليهم سبيل ولو صاروا ذمة قبل ذلك منهم بغير حكم»(٨٦).

وقال النووي: «إذا حاصرنا قلعة أو بلد، فنزلوا على حكم الإمام، جاز، وكذا لو نزلوا على حكم غيره، وشرطه كونه: مسلمًا ذكرًا حرًا مكلفًا عدلاً، لأنَّه ولاية حكم كالقضاء»(٨٧).

---

(٨٦) أبو يوسف – الخراج- ص٢٠٣ و٢٠٤.

(٨٧) النووي –روضة الطالبين- ٧/٤٢٨.

## المطلب الثالث:
## الرأي في حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية

في هذا المطلب سوف أبيّن الرأي في شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية، وذلك من كتاب الله عزّ وجلّ ومن سنّة نبيه ومن أقوال العلماء -رحمهم الله- وذلك حسب التقسيم التالي:

**الفرع الأول:**

حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من كتاب الله -عزَّ وجلَّ-.

**الفرع الثاني:**

حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من سنّة نبيه -صلى الله عليه وسلم-.

**الفرع الثالث:**

حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من أقوال الفقهاء -رحمهم الله-.

**الفرع الرابع:**

الرأي في شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية.

### الفرع الأول: حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من كتاب الله

قال الله تعالى: ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ (النساء: ٣٥).

وجه الدلالة(٨٨): إن الخطاب في قوله تعالى يدل على أن يكون أحد المحكمين في المنازعة بين الزوج وزوجته من أهل الزوجة، ولما كان الله -عزّ وجلّ- قال: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ وَطَعَامُكُمۡ حِلّٞ لَّهُمۡۖ وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ

---

(٨٨) هذا الاستدلال من هذه الآية -حسب علمي- لم أر أحداً استدل بها قبلاً على جواز تحكيم غير المسلم بالمنازعة.

وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ﴾ (المائدة: ٥) فالخطاب في هذه الآية يدل على جواز أن ينكح المسلم من أهل الكتاب، ولما كان من الوارد أن يكون هناك شقاق بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية ويرغبان بحل الشقاق عن طريق التحكيم تطبيقًا لقوله تعالى ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ (النساء: ٣٥) فإن المحكم الذي سيكون من طرف الزوجة قد يكون على ديانتها مما يعني أن الفصل في هذه الخصومة بين الزوجين سيكون من هيئة تحكيم مكونة من مسلم وغير مسلم.

وبالتالي فإذا كان ذلك جائزًا في المنازعات الأسرية فإنه يجوز في كافة المنازعات، حيث إن الخطاب في قوله تعالى ﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ﴾ (النساء: ٣٥) ليس فيه ما يخصصه أو يقيده، بدليل أن الصحابة -رضوان الله عليهم- استشهدوا في جواز التحكيم بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان -رضي الله عنهم- بهذه الآية(٨٩)؛ مما يدل على جواز تحكيم غير المسلم في كافة المنازعات التي يكون طرفها مسلمًا وغير مسلم.

## الفرع الثاني: حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من سنّة نبيه صلى الله عليه وسلم

روي عن ابن عباس -رضي الله عنه- أنه قال: بعث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- سرية إلى بني العنبر وأمر عليهم عيينة بن حصن الفزاري، فلما علموا هربوا

---

(٨٩) انظر: البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: د. مصطفى أديب البغا، الناشر: دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ١٤٠٧، حديث رقم: ٣٨٨٢، ١٥٠٨/٤ وانظر أيضاً: العيني، بدر الدين العيني الحنفي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، إشراف: صدقي العطار، الناشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، تاريخ النشر ١٩٩٨م، ٤٩/٧. وانظر أيضاً: الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الطبري، تاريخ الطبري تاريخ الأمم والملوك، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، الناشر: دار إحياء التراث العربي، ٤٩/٧.

وتركوا عيالهم فسباهم عيينة وقدم بهم على رسول الله –صلى الله عليه وسلم–، فجاء بعد ذلك رجالهم يفدون الذراري فقدموا وقت الظهيرة فوافقوا رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قائلاً في أهله، فلما رأتهم الذراري أجهشوا إلى آبائهم يبكون، وكانت لكل امرأة من نساء رسول الله –صلى الله عليه وسلم– حجرة فَعَجَّلوا أن يخرج إليهم رسول الله –صلى الله عليه وسلم–، فجعلوا ينادون: يا محمد أخرج إلينا حتى أيقظوه من نومه فخرج إليهم، فقالوا: يا محمد فادنا عيالنا، فنزل جبريل –عليه السلام– فقال: إن الله يأمرك أن تجعل بينك وبينهم رجلاً، فقال لهم رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: أترضون أن يكون بيني وبينكم سبرة بن عمرو وهو على دينكم؟، فقالوا: نعم، قال سبرة: أنا لا أحكم بينهم إلّا وعمي شاهد وهو الأعور بن بشامة فرضوا به، فقال الأعور: أرى أن تفادي نصفهم وتعتق نصفهم. فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: قد رضيت. ففادى نصفهم وأعتق نصفهم. فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–: من كان محرر من ولد إسماعيل فليعتق؛ فأنزل الله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُنَادُونَكَ مِن وَرَآءِ ٱلۡحُجُرَٰتِ أَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡقِلُونَ﴾ (الحجرات: ٤) ووصفهم بالجهل وقلة العقل) ﴿وَلَوۡ أَنَّهُمۡ صَبَرُواْ حَتَّىٰ تَخۡرُجَ إِلَيۡهِمۡ لَكَانَ خَيۡرٗا لَّهُمۡ﴾ (الحجرات: ٥) (لأنك كنت تعتقهم جميعًا وتطلقهم بلا فداء والله غفور رحيم)(٩٠).

روى ابن شاهين بإسناده عن ابن عباس –رضي الله عنهما–، أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال لبني العنبر حين انتهبوا مال الزكاة: (اجعلوا بيني وبينكم حكمًا) فقالوا: يا رسول الله –صلى الله عليه وسلم– الأعور بن بشامة فقال: (بل سيدكم ابن عمرو) فقالوا: يا رسول الله –صلى الله عليه وسلم– الأعور بن بشامة فحكمه رسول

---

(٩٠) تفسير البغوي معالم التنزيل للإمام الحسين بن مسعود الفراء البغوي الشافعي عند تفسيره قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُنَادُونَكَ مِن وَرَآءِ ٱلۡحُجُرَٰتِ أَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡقِلُونَ﴾ (الحجرات: ٤).

الله صلى الله عليه وسلم فحكم بأن يفدى شطر ويعتق شطر(٩١).

**وجه الاستدلال**(٩٢):

أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عرض التحكيم في دعوى الدولة الإسلامية طرفًا فيها، وفي أمر يتعلق بمصالح المسلمين، وهذه المخاصمة التي بين الدولة الإسلامية وبني العنبر متعلقة بتحديد مقدار الزكاة؛ وفي قوله: (فنزل جبريل -عليه السلام- فقال: إن الله يأمرك أن تجعل بينك وبينهم رجلاً. فقال لهم رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: أترضون أن يكون بيني وبينكم سبرة بن عمرو وهو على دينكم؟ فقالوا: نعم قال سبرة: إنا لا أحكم إلّا وعمي شاهد وهو الأعور بن بشامة، فرضوا به فقال الأعور: أرى أن تفادي نصفهم وأعتق نصفهم)، فرسول الله -صلى الله عليه وسلم- هو من طلب من بني العنبر أن يعينوا المحكم، ليتولى التحكيم، بل نص على أن المحكم

---

(٩١) قال ابن شاهين: حدثنا أحمد بن عبد الله بن نصر القاضي، قال: حدثنا العباس بن صالح بن ساور، قال: حدثنا محمد بن سليمان، قال: حدثنا علي بن غراب الفزاري، قال: حدثني أبو بكر المكي، عن عمر بن محمد، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس -رضي الله عنهما- قال: أصابت بنو العنبر دماء في قومهم فارتحلوا فنزلوا بأخوالهم من خزاعة فبعث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- مصدقاً إلى خزاعة فصدقهم ثم صدق بني العنبر، فلما رأت بنو العنبر الصدقة قد أحرزها وثبوا فانتزعوها فقدم على رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال يا رسول الله إن بني العنبر منعوا الصدقة فبعث إليهم عيينة بن حصن في سبعين ومائة فوجد القوم خلوفاً فاستاق تسعة رجال وإحدى عشرة امرأة وصبياناً فبلغ ذلك بني العنبر فركب إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وهم سبعون رجلاً منهم الأقرع بن حابس ومنهم الأعور بن بشامة العنبري وهو أحدثهم سناً، فلما قدموا المدينة بهش إليهم النساء والصبيان فوثبوا على حجر النبي -صلى الله عليه وسلم- وهو في قائلته، فصاحوا به: يا محمد علام تُسبَى نساؤنا ولم ننزع يداً من طاعتك فخرج إليهم فقال: اجعلوا بيني وبينكم حكماً فقالوا: يا رسول الله الأعور بن بشامة. فقال: بل «سيدكم ابن عمرو». قالوا: يا رسول الله الأعور بن بشامة. فحكمه رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فحكم أن يفدي شطر وأن يعتق شطر. انظر الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر- مطبعة السعادة – القاهرة – ١٣٢٨هـ – ٥٥/١، والموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت – الطبعة الأولى – ١٤١٤هـ – ٢٣٥/١٠.

(٩٢) انظر الاستدلال من هذا الحديث بجواز التحكيم في المنازعات الإدارية في كتاب «التحكيم في العقود الإدارية والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقه للنظام السعودي» للكاتب ص٢٥٩.

على دينهم أي أنه غير مسلم، واختاروا الأعور بن بشامة وهو على دينهم(٩٣)، كما أن التحكيم في هذه الواقعة حكم بها فرد واحد هو الأعور بن بشامة وهو غير مسلم في منازعة أطرافها مسلم وغير مسلم؛ فهذا دليل نصي صريح من سنّة النبي -صلى الله عليه وسلم- على جواز ومشروعية أن يكون المحكم غير مسلم في المنازعة التي تكون بين المسلم وغير المسلم.

## الفرع الثالث: حكم شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية من أقوال الفقهاء رحمهم الله

هناك عدة صور ومسائل ذكرها الفقهاء -رحمهم الله- فيها بيان وتوضيح لمسألة حكم تحكيم غير المسلم.

**الصورة الأولى:**

ذكر بعض فقهاء المالكية صورة على جواز أن يكون الكافر محكمًا في منازعة بين المسلم والكافر فقالوا: إنه لو نزل العدو على حكم رجل ثم تبيّن بعد الحكم أنه لم يكن مستجمعًا لشروط الحكم، فإن الإمام ينظر في حكمه، فما كان صوابًا أمضاه وما كان غير صواب رده، وتولى الحكم بنفسه فيما رآه مصلحة(٩٤).

وعبارة (لم يكن مستجمعًا لشروط الحكم) عامة يدخل فيها شرط الإسلام كشرط للمحكم، ومع ذلك أجاز فقهاء المالكية تحكيمية.

وهذه الصورة التي ذكرها فقهاء المالكية، تتعلق بأمر مهم بعموم المسلمين، ويتعلق بسيادة الدولة وسلطتها، ومرتبط به حقوق المحاصرين، كما يتعلق بموضوع الجهاد

---

(٩٣) ذكر هشام الكبلي ترجمة للأعور أنه: ناشب وهو الأعور بن بشامة بن فضلة بن سنان بن جنوب بن الحارث بن جهمة بن عدي بن جندب بن العنبر بن عمرو بن تميم ولم يذكر له صحبة وإنما قال: كان شريفاً رئيساً ولم تصح عنه صحبته.

(٩٤) شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه ١١٢/٣ والشرح الكبير للدردير ١٨٥/٢ والقوانين الفقهية - ص١٧٤.

والحرب، وهو موضوع خطير ليس من السهولة، وهو بهذا الوضع أكثر أهمية من المنازعات الأخرى التجارية أو العمالية أو الإدارية، ومع ذلك فقد أجاز فقهاء المالكية تحكيم الكافر بشرط موافقة الإمام على نتيجة التحكيم.

**الصورة الثانية:**

ذكر الإمام الخرشي أن الكفار لو شرطوا أن يتولوا التحكيم بين مسلم وكافر، فإن شرطهم يُعدُّ صحيحًا وجائزًا، إلا أنه – رحمه الله– قيد ذلك بالخوف، فقال: «ويجب أن يخلو عقدها من شرط فاسد وإلا لم يجز، كشرط بقاء مسلم أسيرًا بأيديهم أو بقاء قرية للمسلمين خالية منهم، وأن يحكموا بين مسلم وكافر، وأن يأخذوا منّا مالاً، إلا لخوف، فيجوز كل ما منع»(٩٥).

وأرى أن هذه الصورة التي ذكرها الخرشي بجواز تحكيم غير المسلم باعتبارها صورة استثنائية باشتراطه الخوف، فاشترطه وجود الخوف دليل على أنه يرى جواز التحكيم من غير المسلم، فلو كان يرى أنه لا يجوز أصلاً وأن تحكيمه يُعدُّ باطلاً لما قال بالجواز ولعدّ تحكيمه باطلاً لا يمكن تصحيح حكمه بوجود الخوف؛ وبذلك يمكن التوفيق مع الأدلة السابقة التي ذكرتها سابقًا مما نستنتج منه جواز تحكيم غير المسلم.

## الفرع الرابع: الرأي في شرط الإسلام في المحكم في المنازعات التحكيمية

بعد أن استعرضت حكم شرط الإسلام في المحكم فيما سبق أود أن أبيّن الرأي حول هذه المسألة.

مما سبق من كتاب الله –عزّ وجلّ–، ومن سنّة نبيه –صلى الله عليه وسلم–، ومن أقوال الفقهاء حول شرط الإسلام في المحكم؛ فإنه يتضح جواز أن يكون المحكم من

---

(٩٥) الخرشي على متن خليل ٢/٤٤٨ و٤٤٩.

غير المسلمين بشرط أن تكون المنازعة بين مسلم وغير مسلم، أما إذا كانت المنازعة بين مسلمين فلا يصح التحكيم، حيث إنه الواجب عليهما إعمال الشرع الإسلامي سواء بالمحكمين أو القانون المطبق؛ لأنَّ اختيار محكمين من غير المسلمين للتحكيم بينهما أو اختيار قانون غير الشرع الإسلامي يعد تنازل عن الواجب عليهما من تحكيم شرع الله، ويجب عليهما التمسك به فهو القانون الواجب التطبيق عليهما.

أسأل الله التوفيق والسداد للجميع والعلم النافع والعمل الصالح والله أعلم وأحكم وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم.